

DESCOLONIZANDO LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.
DERECHOS INDÍGENAS COMUNALES Y EL PARADIGMA
DE LA PROPIEDAD PRIVADA*
*DECOLONIZING PROPERTY RIGHTS: INDIGENOUS COMMUNAL
RIGHTS AND THE PRIVATE PROPERTY PARADIGM*

Roger MERINO ACUÑA**

RESUMEN: Las élites legales profesionales en Latinoamérica suelen legitimar la importación de modelos legales foráneos sin poner adecuada atención al contexto local ni realizar un ejercicio crítico de los modelos importados. Este ensayo analiza los argumentos de un trabajo paradigmático de este tipo que afirma la eficiencia y superioridad del derecho anglosajón en la regulación de la propiedad y la obtención del “desarrollo económico”, en comparación con el derecho derivado de la colonización española. Las tres fuentes teóricas del mencionado trabajo son la teoría de los orígenes legales, la escuela de la propiedad privada y una visión parcializada de la colonización. La finalidad de este ensayo es demostrar que estas fuentes tienen profundas raíces etnocéntricas al invisibilizar la legalidad comunal indígena en el proyecto colonizador.

ABSTRACT: *The professional legal elites in Latin America often legitimate the importation of foreign legal models without neither taking enough attention to local contexts nor making a critical analysis of the imported models. This essay analyzes the arguments of a paradigmatic work of this type that affirms the efficiency and superiority of Anglo-Saxon Law in the regulation of property and the achievement of “economic development”, compared with the Law derived from Spanish colonization. The three theoretical sources of the mentioned work are the theory of legal origins, the private property school and a biased vision of colonization. The aim of this essay is to demonstrate that these theoretical sources have deep ethnocentric roots by making invisible the indigenous communal legality in the colonizer project.*

Palabras clave: derechos de propiedad, orígenes legales, derecho y desarrollo, propiedad comunal.

Keywords: *Property Rights, Legal Origins, Law and Development, Communal Property.*

* Artículo recibido el 20 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 10 de febrero de 2014.

** Universidad de Bath, Inglaterra. Máster en derecho comparado, economía y finanzas por la Universidad Internacional de Turín, Italia; máster en política internacional por la Universidad de Bath, Inglaterra; magíster en derecho civil y comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú; candidato a doctor en ciencias sociales y políticas por la Universidad de Bath, Inglaterra.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVII, núm. 141,
septiembre-diciembre de 2014, pp. 935-964.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La teoría de los orígenes legales*. III. *La propiedad privada y la nueva ola del “derecho y desarrollo”*. IV. *Descolonizando el derecho de propiedad: en contra de la invisibilización de los derechos indígenas*. V. *¿En qué momento se perjudicó el Sur?*

[Aunque] la empresa del intelectual colonizado es históricamente limitada [ésta] contribuye, sin embargo... a sostener, a legitimar la acción de los políticos.

Frantz Fanon, *Les damnés de la terre*, 1961

I. INTRODUCCIÓN

El Perú es uno de los países de Latinoamérica donde el análisis económico del Derecho es más activo en la academia y las políticas públicas. Uno de los factores de este suceso es la gran propagación de esta corriente por parte de elites legales profesionales fuertemente influenciadas por la escuela económica de Chicago.¹ El problema es que estas elites trasplantan ideas radicales sin verificar su pertinencia en los contextos locales. Es más, sin hacer una lectura crítica de estas ideas.

En este artículo voy a criticar un trabajo paradigmático de este tipo con el fin de mostrar sus deficiencias teóricas y sus premisas etnocéntricas. Se trata del artículo de Enrique Pasquel: “¿En qué momento se jodió el Sur? Crecimiento económico, derechos de propiedad y regulación del crédito en las colonias británicas y españolas en América”.² El argumento básico de ese trabajo es que un factor importante que explica el “sub-desarrollo” en América Latina es el hecho de que este territorio fue conquistado por la colonia española, mientras que el “desarrollo” de Es-

¹ La noción de “elites legales profesionales” se refiere a aquellos abogados que trasplantan modelos legales, que en muchos casos pertenecen a firmas que tienen relaciones económicas transnacionales, además que son parte de la academia y funcionarios estatales eventuales. Al respecto: Dezalay, Y., Garth, B., *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 2002.

² Pasquel, Enrique, “¿En qué momento se jodió el Sur? Crecimiento económico, derechos de propiedad y regulación del crédito en las colonias británicas y españolas en América”, *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 7, núm. 25, verano de 2010, pp. 7-30.

tados Unidos se debe a que ese territorio fue conquistado por la colonia británica. Pero más en específico, además de las posibles razones de índole cultural, religioso o geográfico, para Pasquel el factor más importante que determina el desarrollismo o subdesarrollismo es la legalidad concerniente a los derechos de propiedad y los derechos de crédito:

Las reglas legales que se desarrollaron en las colonias británicas ayudan a explicar buena parte de su desarrollo económico y las que se desarrollaron en las colonias españolas ayudan a entender el origen de la pobreza en esa parte del continente...³

Mientras las colonias británicas establecieron claros derechos de propiedad y no crearon mayores barreras al crédito, las colonias españolas enfrentaron la situación opuesta. La tierra era asignada sólo a una pequeña y políticamente influyente élite, no existían registros de propiedad y los programas de titulación eran usados por la Corona y la burocracia sólo para extraer rentas.⁴

Pasquel sigue implícitamente la teoría de los orígenes legales, así como a la escuela de los “derechos de propiedad” a través de Hernando de Soto. Además realiza un análisis parcializado de la legalidad en el contexto del proyecto colonizador. A continuación voy a analizar críticamente estos tres aspectos que además son la base de los argumentos usuales esgrimidos por la elite profesional mencionada.

II. LA TEORÍA DE LOS ORÍGENES LEGALES

En el trabajo mencionado hay un intento de comparación entre la legalidad de la colonia británica y la legalidad de la colonia española. Este sigue la lógica de la teoría de los “orígenes legales”,⁵ la que usa de manera desarticulada las premisas del funcionalismo en la comparación jurídica,

³ *Ibidem*, p. 9.

⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁵ La Porta, R. *et al.*, “The Economic Consequences of Legal Origins”, *Journal of Economic Literature*, vol. XLVI, núm. 286, junio de 2008. Esta teoría también se conoce como “Derecho y finanzas” debido al enfoque en la “evolución” financiera de las familias legales: La Porta, R. *et al.*, “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, vol. 106, núm. 6, 1998.

al mismo tiempo que se sustenta en el análisis económico del derecho de Chicago.

El funcionalismo tiene sus raíces en las ideas de Ernst Rabel quien planteó una metodología consistente en observar cómo un problema es resuelto en dos o más sistemas legales, y explorar sus semejanzas y diferencias.⁶ Hoy el funcionalismo usa sofisticados conceptos como: *tertia comparationis*, que implica la construcción de un modelo comparativo universal como una tercera unidad para evaluar las dos instituciones o sistemas a ser comparados⁷; *equivalencia funcional*, que implica que a nivel macro la comparación sólo es posible con dos sistemas legales que tienen el mismo nivel de “evolución” legal,⁸ mientras que a nivel micro los comparatistas deben buscar instituciones que resuelven el mismo problema;⁹ y la *presunción de similitud*, que implica que los comparatistas deben asumir que las diferentes sociedades enfrentan necesidades similares y que para sobrevivir, cada sociedad debe tener las instituciones que cubran esas necesidades,¹⁰ lo que sería especialmente relevante en áreas “no políticas” como aquellas del derecho privado.¹¹

El análisis económico del derecho de Chicago tiene una estructura teórica neoclásica además de una fuerte influencia de la ideología libertaria.¹² Este afirma la superioridad intrínseca del derecho anglosajón en

⁶ Gerber, D., “Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language”, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Portland, Hart Publishing, 2001, p. 199.

⁷ Örüçü, E., “Methodology of Comparative Law”, en Smits, Jan (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2006, p. 442. Reitz, J., “How to Do Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, núm. 4, otoño de 1998, p. 622.

⁸ De Cruz, P., *Comparative Law in a Changing World*, 2a. ed., Londres, Cavendish, 1999, p. 220.

⁹ Örüçü, E., *op. cit.*, p. 443, Emmanuel, A., “The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.3, diciembre de 2008, disponible en: <http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf> (acceso: julio de 2011).

¹⁰ Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, Tony Weir trans., 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 39; Michaels, *op. cit.*, p. 370. De Cruz, *op. cit.*, p. 231.

¹¹ *Idem.*

¹² Una crítica específica a los fundamentos del análisis económico del derecho y sus diversas variantes puede verse en: Merino, R., “Los fundamentos de la regulación de las

términos de eficiencia, así como los supuestos rasgos neutrales y científicos del razonamiento económico.¹³

Usando estas premisas, la teoría de los orígenes legales pretende explicar la tradición legal de América Latina en términos de trasplantes jurídicos, principalmente, del derecho civil francés.¹⁴ De acuerdo con estos académicos, comparado con el derecho francés, el derecho anglosajón es asociado con a) una mejor protección a los inversores, lo que implica un mejor desarrollo financiero, mejor acceso a las finanzas y una mayor dispersión de las titularidades; b) pocas empresas públicas y regulación estatal, lo que es asociado a menor corrupción, un mejor funcionamiento de los mercados de trabajo, y una menor extensión de informalidad, y c) sistemas judiciales más independientes, lo que es asociado con derechos de propiedad más seguros y una mejor ejecución de las obligaciones contractuales.¹⁵ Todo esto sugiere que el derecho anglosajón produce mejores resultados económicos que el derecho civil francés.¹⁶ Esto explicaría además la pobre performance económica de los países de América Latina que en su mayoría se basan en el derecho europeo continental. Incluso algunos han extendido este razonamiento para afirmar en general que el *common law* es simplemente mejor que el *civil law* en la promoción del desarrollo económico.¹⁷

El funcionalismo es muy criticado por estar fuertemente influenciado por el positivismo:¹⁸ para los funcionalistas es posible encontrar áreas del

cláusulas abusivas: un análisis económico alternativo”, *Revista Jurídica del Perú*, vol. 29, 2011, pp. 287-316.

¹³ Posner, R., “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra Law Review*, núm. 8, 1979-1980, p. 487.

¹⁴ La Porta, R. *et al.*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵ *Ibidem*, p. 298.

¹⁶ *Ibidem*, p. 302.

¹⁷ Mahoney, P., “The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right”, *Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, pp. 503-525. Citado por John Reitz, “Legal Origins, Political Economy, and the Problem of Generalization”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 3, 2009, pp. 847 y ss. En igual sentido: Bullard, A., *Derecho y Economía*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2010, pp. 129 y ss.; Escobar, F., “El Common Law y el Derecho Germánico, aportes e influencias”, *Foro Jurídico*, III, núm. 6, 2007, p. 231.

¹⁸ Una crítica más detallada del funcionalismo puede verse en: Merino, R., *Comparative Law from Below: the Construction of a Critical Project in Comparative Legal Studies*, Saarbrücken: Lambert, 2012.

derecho despolitizadas,¹⁹ negando en nombre de la cientificidad, la naturaleza política y social del derecho. Es más, los funcionalistas promueven el formalismo legal al considerar que no hay nada relevante fuera de los textos legales y las instituciones, no poniendo adecuada atención a lo que no está formalmente regulado.²⁰ Sin embargo, la comparación jurídica como discurso no puede ser neutral²¹ pues depende de la dirección científica y cultural del intérprete, por lo que es extremadamente subjetiva.²² No debe olvidarse que el derecho es una ideología y que los abogados y legisladores tienen un interés ideológico.²³

El funcionalismo también es criticado por ser de-contextual y universalista. El funcionalismo propone la uniformización del derecho al identificar “la mejor ley” a ser trasplantada no importando la tradición jurídica y las condiciones políticas y económicas de los países a los que les será aplicada.²⁴ Así, el funcionalismo afirma que la frontera entre lo legal y extralegal es la misma con respecto a cualquier sistema,²⁵ por lo que los comparatistas deben abstraer cualquier problema de su contexto con el fin de acercarse al modelo ideal.²⁶ Sin embargo, las diferentes condiciones culturales y socioeconómicas producen diferencias en los sistemas legales, por lo que la comparación que se concentra en los aspectos formales de la legalidad excluyendo el contexto socioeconómico presentará un cua-

¹⁹ Grosswald, V., “Comparative Law and Language”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Reinhard Zimmermann & Mathias Reimann eds., Oxford University Press, 2008, p. 675.

²⁰ Frankenberg, G., “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, p. 438. Legrand, P., “Paradoxically, Derrida: for a Comparative Legal Studies”, *Cardozo Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2005, p. 643. Glenn, P., “Legal Cultures and Legal Traditions”, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Mark Van Hoecke ed., Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 62.

²¹ Van Hoecke, M., Warrington, M., “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, núm. 3, julio de 1998, p. 535.

²² Somma, A., “At the patient’s beside? Considerations on the Methods of Comparative Law”, *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 13, 2007, www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/somma2.pdf (acceso: julio de 2010), p. 6.

²³ Glenn, P., *op. cit.*, p. 62.

²⁴ Zweigert y Kötz, *op. cit.*, p. 40.

²⁵ Glenn, P., *op. cit.*, p. 39.

²⁶ Öricü, E., *op. cit.*, p. 443.

dro incompleto y distorsionado.²⁷ Así, el funcionalismo exalta una noción simplista de cultura en la que el pasado es bastante marginalizado, otras culturas aparecen como simples modelos observables de conducta divorciados de sus principios subyacentes,²⁸ negando así las diferencias.²⁹

El funcionalismo cae en estos problemas porque se basa en el fondo en el evolucionismo y el universalismo, al igual que el análisis económico del derecho que no da lugar a visiones alternativas de organización económica y legal que no sean las basadas en los principios del capitalismo liberal fomentados por la potencia hegemónica de turno, es decir, la más “evolucionada” o “desarrollada”.

La teoría de los orígenes legales radicaliza estas premisas al ensalzar el sistema legal anglosajón como el modelo exportable a todo el mundo. Por esta razón, ha sufrido o del rechazo total o de la indiferencia de la mayoría de comparatistas,³⁰ quienes ven cómo esta teoría ha mal apropiado, mal usado e incomprendido la comparación jurídica.³¹ Por ejemplo, el análisis de los trasplantes legales es seriamente deficiente: los trasplantes fueron mucho más complejos en la colonización y la era post-colonial que como son presentados por los teóricos de los orígenes legales.³² El total desdén por hacer un análisis minucioso de los aspectos culturales de los trasplantes también es un error común de esta teoría. Aparentemente, los orígenes legales ponen atención al contexto en el cual las reglas existen,³³ sin embargo, el único factor contextual para esta teoría es el origen legal del país analizado,³⁴ dejando de lado las relaciones de poder que explican por qué un modelo es hegemónico en determinado momento histórico.

Todo ello implica un análisis bastante superficial de la complejidad de la legalidad en relación con diversas políticas económicas. Mientras la

²⁷ Kamba, W., “Comparative Law: A Theoretical Framework”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, núm. 3, julio de 1974, p. 513.

²⁸ Glenn, P., *op. cit.*, p. 16.

²⁹ Legrand, P., *op. cit.*, p. 656.

³⁰ Grosswald, V., “Comparative Law and the Legal Origins Thesis: “[N]on scholae sed vitae discimus””, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 4, 2009, p. 863.

³¹ Las referencias en: Grosswald, V., *op. cit.*, pp. 863 y ss.

³² Michaels, R., “Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, *Doing Business* Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 57, núm.4, p. 787.

³³ La Porta, R. *et al.*, *op. cit.*, p. 308.

³⁴ Whytock, C., *op. cit.*, 1899.

teoría de los orígenes legales plantea el tema en términos binarios (*Common Law* versus *Civil Law*), John Reitz, por ejemplo, influenciado por el neo-institucionalismo en la ciencia política, muestra cómo hay diferencias entre países como Francia, Alemania, Inglaterra y los Estados Unidos, y sugiere que cada país tiene su propia política económica que es reflejada en su específico sistema legal y de mercado, es decir, no se trata de una dicotomía sino de un espectro político.³⁵ La extensa literatura sobre “variedades de capitalismo” muestra además diversos y complejos arreglos institucionales diferentes no sólo dentro de Europa continental y dentro del mundo anglosajón, sino también dentro de un mismo régimen a través del tiempo.³⁶ Por ejemplo, la teoría de los orígenes legales plantea una visión espacial y temporal unidimensional: enfatiza sobremanera la era post-keynesiana en Estados Unidos como si nunca hubiese habido regulación en dicho país. Pero después de la crisis económica de finales de los años veinte, el Estado intervencionista se abrió paso, aplicándose fuertes políticas regulatorias en materia financiera y una posición activa del Estado en el ámbito social y económico,³⁷ que —a pesar del giro neoliberal de Reagan en los ochenta— en mucho se mantiene hasta el día de hoy,³⁸ aunque estos teóricos persisten en ver la era keynesiana como algo excepcional.³⁹

Aparte de compartir los limitados fundamentos teóricos de los “orígenes legales”, Pasquel tiene como premisa fundamental que la superioridad del sistema anglosajón se fundaría en la protección de la propiedad privada. Veamos con más detalle este argumento.

³⁵ Reitz, J., *op. cit.*, pp. 847 y ss.

³⁶ A modo de referencia: Albert, M., *Capitalism against Capitalism*, trans. by Paul Havi-land, Whurr Publishers, Londres, 1997; Baumol, W. *et al.*, *Good Capitalism, Bad Capitalism, and the Economics of Growth and Prosperity*, Yale University Press, New Haven & London, 2007.

³⁷ Sobre la regulación social y económica en Estados Unidos: Shaikh, A., Tonak, A., *The rise and fall of the US welfare state*, *Political Economy and Contemporary Capitalism*, Ron Baiman, Heather Boushey, y Dawn Saunders eds., M. E. Sharpe, Armonk, Nueva York, 2000, pp. 247 y ss.; Scharpf, F., *Globalization and the welfare state: constraints, challenges and vulnerabilities*, *Social Security in the Global Village*, Roland Sigg y Christina Behrendt eds., Nueva Jersey, Transaction Publishers, 2002, pp. 85 y ss.

³⁸ Sobre el tema de subsidios véase: Chang, H.J., *Bad Samaritans: The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism*, Nueva York, Bloomsbury Press, 2008.

³⁹ La Porta, R. *et al.*, *op. cit.*, p. 308.

III. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA NUEVA OLA DEL “DERECHO Y DESARROLLO”

Cuando Pasquel afirma que la propiedad privada y los derechos de crédito determinan el “desarrollo”, reproduce en el fondo las teorías de Hernando de Soto, que a su vez se basan en la llamada “escuela de la propiedad privada” y el enfoque “derecho y desarrollo” que viene siendo importado a Latinoamérica desde hace más de 60 años.

La perspectiva “Derecho y desarrollo” nació en los años sesenta como correlato a la primera teoría sobre el desarrollo: la modernización.⁴⁰ El crecimiento económico es el foco principal de esta teoría, por lo que desarrollo es sinónimo de “desarrollo económico”, que a su vez es sinónimo de “crecimiento económico”. Además, la premisa fundamental de la teoría de la modernización era que las precondiciones para el desarrollo económico fueron creadas en Europa debido a la “innovación” y poniendo poco énfasis a la colonización. Así, para Rostow,⁴¹ la evolución natural de una sociedad tradicional era seguir el patrón europeo: libre mercado, financialización, propiedad privada serían elementos necesarios para seguir el camino del desarrollo económico. Es aquí que surge la primera ola de la perspectiva “Derecho y desarrollo” que simplemente enfatizaba el rol de la propiedad y el contrato en fomentar el “crecimiento”. Pero esta perspectiva fue duramente criticada porque no era más que la expresión parroquial del estilo legal estadounidense que intentaba imponer sus ideas y actitudes sobre el tercer mundo;⁴² su premisa fundamental, la modernización, era claramente eurocéntrica al interpretar diversas culturas de acuerdo con los términos de la cultura occidental;⁴³ además de impulsar modelos legales sin tener en cuenta el contexto, siendo vulnerables al abu-

⁴⁰ Merryman, J., “Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, núm. 3, verano de 1977, p. 457.

⁴¹ Rostow, W., “The Stages of Economic Growth”, *The Economic History Review*, New Series, vol. 12, núm. 1, 1959, pp. 1-16.

⁴² Merryman, J., *op. cit.*, p. 483.

⁴³ Trubek, D., “Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development”, *The Yale Law Journal*, vol. 82, núm. 1, noviembre de 1972, p. 16. Rose, C., “The ‘New’ Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study”, *Law & Society Review*, vol. 32, núm. 1, 1998, p. 122.

so autoritario.⁴⁴ Por ello, en los setenta esta aproximación fue declarada muerta por sus propios proponentes originales.⁴⁵

Mucha agua ha corrido bajo el puente en la academia desde los años sesenta. La primera versión del “Derecho y desarrollo” al estar ligada a la teoría de la modernización fue olvidada cuando la teoría de la dependencia se volvió hegemónica a fines de los sesenta y comienzos de los setenta en Latinoamérica. Con esta teoría se promovieron fuertes procesos de industrialización, que por lo demás se habían hecho en los países llamados “desarrollados” que nunca confiaron ciento por ciento en el libre mercado.⁴⁶ Pero la crisis del petróleo de los años setenta, el mal manejo macroeconómico y demás factores afectaron la práctica de esta teoría, lo que sin embargo no invalidó sus premisas fundamentales: que existe dependencia económica que no puede romperse si no es mediante una fuerte intervención estatal.⁴⁷

En los ochenta la academia empieza a hablar de “desarrollo humano” a partir de los trabajos de Amartya Sen.⁴⁸ Ya no se trata de un enfoque macro basado en el crecimiento económico, más bien de un enfoque micro basado en las libertades individuales. El lenguaje del “desarrollo humano” es desde ya hace varios años el *mainstream* en la academia y las Naciones Unidas, tanto así que la pobreza ya no se mide para este organismo en términos de meros ingresos económicos (crecimiento) sino en términos de pobreza multidimensional.⁴⁹

⁴⁴ Rose, C, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵ Cao, L., “Law and Economic Development: A New Beginning?”, *Texas International Law Journal*, vol. 32, 1997, p. 545. Burg, E., “Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of «Scholars in Self-Estrangement»”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, núm. 3, verano de 1977, pp. 492-530.

⁴⁶ Sobre la teoría de la dependencia: Cardoso, F. y Faletto, E., Post scriptum a “Dependencia y desarrollo en América Latina”, *Desarrollo Económico*, vol. 17, núm. 66, Jul. - Sep., 1977, pp. 273-299; Frank, A., “Dependence Is Dead, Long Live Dependence and the Class Struggle: An Answer to Critics”, *Latin American Perspectives*, vol. 1, núm. 1, primavera de 1974, pp. 87-106.

⁴⁷ Grosfoguel, R., “Developmentalism, Modernity, and Dependency Theory in Latin America”, *Nepantla: Views from South*, vol. 1, Issue 2, 2000, pp. 347-374.

⁴⁸ El más representativo: Sen, A., *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Esto no quiere decir que esta teoría es la única, existen otras menos exitosas pero más interesantes como la perspectiva del post-desarrollo o la “alternativa al desarrollo” basada en el “Buen vivir” indígena.

⁴⁹ Perú, por ejemplo, que es celebrado como uno de los países que más ha reducido la pobreza en términos de ingresos, es de los más pobres en Latinoamérica en términos de pobreza multidimensional. Una discusión al respecto: Castro, J. *et al.*, “(Re)Counting the poor

Pero Pasquel sigue usando “desarrollo” como sinónimo de “desarrollo económico” y “crecimiento económico”, como los teóricos de la modernización de hace 60 años. Esto se debe a que su artículo carece de un análisis mínimo de las teorías del desarrollo, aunque “desarrollo” es una de las palabras que más usa en todo el texto. Además, es cierto que el “desarrollo humano” es la teoría *mainstream* en la academia y las Naciones Unidas, pero a nivel de políticas públicas y *lobby* empresarial, la visión modernizadora sigue dominando. Tanto es así que el “Derecho y desarrollo” ha tenido un resurgimiento en los noventa⁵⁰ en la academia estadounidense cercana al más conservador análisis económico: el derecho debe facilitar las inversiones transnacionales para fomentar el crecimiento económico, reducir la pobreza y lograr el “desarrollo”.⁵¹ Si buscamos un poco más a fondo las bases teóricas de este “nuevo” Derecho y desarrollo veremos que se basa en la escuela de la propiedad privada de los años sesenta, que ha sido popularizada 40 años después por De Soto y otros.

De acuerdo con esta escuela la determinación de derechos de propiedad tiende a crear incentivos e influenciar conductas.⁵² Así, para Demsetz,⁵³ la principal función de los derechos de propiedad es proveer incentivos para obtener una mayor internalización de las externalidades. Esa función no podría ser lograda con sistemas alternativos a la propiedad privada como la “propiedad comunal” porque cada persona tenderá a sobreexplotar la tierra porque algunos de los costos de esta sobreexplotación sería asumido por otros.⁵⁴ En consecuencia, la riqueza del suelo sería disminuida rápidamente, produciendo la “tragedia de los comunes”.⁵⁵ Por

in Peru: a multidimensional approach”, *Latin American Journal of Economics*, vol. 49, núm. 1, mayo de 2012, pp. 37–65.

⁵⁰ Cao, L., *op. cit.*, p. 545. Rose, C., *op. cit.* p. 126. Dezalay, Y. y Garth, B., *op. cit.*, p. 185.

⁵¹ Cooter, R., “The Rule of State Law and the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development”, *Annual World Bank Conference on Development Economics*, 1996, pp. 191-217.

⁵² Furubotn, E. y Pejovich, S., “Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature”, *Journal of Economic Literature*, vol. 10, núm. 4, diciembre de 1972, pp. 1137-1162.

⁵³ Demsetz, H., “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, vol. 57, núm. 2, 1967, pp. 347-359.

⁵⁴ Alchian, A. y Demsetz, H., “The Property Right Paradigm”, *The Journal of Economic History*, vol. 33, núm. 1, 1973, pp. 16-27.

⁵⁵ Hardin, G., “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243–1248.

lo tanto, el problema de sobreexplotación es el resultado de un recurso que está bajo la propiedad pública antes que la propiedad privada.⁵⁶

En contraste, si sólo una persona es la propietaria de la tierra, esta maximizaría su valor presente.⁵⁷ Así, este modelo implicaría una mejor configuración de incentivos para invertir en el recurso, garantías hipotecarias para acceder al capital, intercambios más flexibles, mayor generación de información y ahorro de costos en el cumplimiento de estándares ambientales.⁵⁸ Demsetz⁵⁹ incluso proporciona un ejemplo antropológico para fundamentar la universalidad de su teoría: el cambio “natural” de propiedad comunal de las tribus nativas americanas a la propiedad privada debido al crecimiento del comercio europeo de pieles en Estados Unidos. Según él, debido a que la sobre caza producida por la propiedad comunal creaba muchas pérdidas, los nativos “espontáneamente” cambiaron su régimen legal. Consecuentemente, la propiedad privada siempre desplazaría a la propiedad comunal.

Estos argumentos son reproducidos por Pasquel cuando ensalza la legalidad anglosajona.⁶⁰ Sin embargo, se trata de argumentos bastante débiles. Para empezar, la historia contada por Demsetz es engañosa. Los nativos americanos no trataron los recursos como “acceso abierto” y por lo tanto no había sobreexplotación. Por el contrario, ellos tenían un grupo de reglas de propiedad comunal inmersas en su cultura que permitía un manejo sustentable. Las invasiones europeas estuvieron dirigidas a crear un mercado donde obtener ganancias pasando por encima de la cultura local y sobreexplotando el recurso, todo lo que es visto por Demsetz como

⁵⁶ Smith, R., “Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife”, *Cato Journal*, vol. 1, núm. 2, otoño de 1981, pp. 439-468.

⁵⁷ Demsetz, 1967, *op. cit.* p. 355.

⁵⁸ Libecap, G., “The Assignment of Property Rights on the Western Frontier: Lessons for Contemporary Environmental and Resource Policy”, *The Journal of Economic History*, vol. 67, núm. 2, 2007, pp. 257-291.

⁵⁹ Demsetz, H., “Toward a Theory of Property Rights II: The Competition between Private and Collective Ownership”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2, 2002, pp. 653-672.

⁶⁰ “Los derechos de propiedad son indispensables para el crecimiento económico. Sin derechos de propiedad, los individuos no tienen incentivos para invertir, producir o innovar. Por eso, las diferencias en los sistemas de derechos de propiedad de las colonias pueden ayudar a explicar por qué los británicos eran más productivos que los españoles.” (p. 9). Y similares argumentos a lo largo del texto.

el desarrollo “espontáneo” de la propiedad privada.⁶¹ En la siguiente sección desarrollaré con más detalle los mecanismos de desposesión indígena, basta aquí decir que la conversión de propiedad comunal en propiedad privada en la mayoría de casos no fue ni natural ni voluntaria, sino violenta como enseña la historia de la colonización.

Pero aparte de los evidentes sesgos históricos, la escuela de la propiedad privada desconoce la naturaleza de la propiedad comunal. Me centraré aquí en dos confusiones resaltadas por Elinor Ostrom,⁶² la confusión entre: 1) regímenes de propiedad común y acceso abierto; y 2) recursos comunes (*common-pool resources*) y el régimen de propiedad común. Sobre la primera confusión, desde hace varios años Ciriacy-Wantrup y Bishop⁶³ claramente demarcaron la diferencia entre acceso abierto en donde nadie tiene el derecho de excluir a otros de usar el recurso (por ejemplo, el mar abierto y la atmósfera), y el régimen de propiedad común, donde los miembros de un grupo específico tienen el derecho de excluir a los no miembros de usar el recurso. El modelo de propiedad común establece restricciones sobre quién usa el recurso, cuándo y cómo, a través de derechos y responsabilidades que son asignados y ejecutados mediante mecanismos de control social.⁶⁴

La segunda confusión se debe a que el término “propiedad común” es erróneamente usado para referirse a un “recurso común” (*common-pool resource*). Estos recursos comparten dos atributos económicos: 1) es costoso excluir individuos de usar el bien ya sea a través de barreras físicas o instrumentos legales, 2) los beneficios consumidos por un individuo se sustraen de los beneficios disponibles para otros. Usar el término “propiedad” para referirse a un tipo de bien refuerza la impresión que los bienes que comparten estos atributos tienden a tener el mismo régimen legal.

⁶¹ Swaney, J., “Common Property, Reciprocity, and Community”, *Journal of Economic Issues*, vol. 24, núm. 2, 1990, pp. 451-462.

⁶² Ostrom, E., Private and common property rights, Bouckaert, Boudewijn y De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 335 y ss.

⁶³ Ciriacy-Wantrup, S., Bishop, R., “Common Property as a Concept in Natural Resource Policy”, *Natural Resources Journal*, vol. 15, 1975, pp. 713-727, citados por Ostrom, *op. cit.*, p. 335.

⁶⁴ Swaney, *op. cit.*, p. 458; Fitzpatrick, D., “Evolution and Chaos in Property Rights Systems: The Third World Tragedy of Contested Access”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 5, 2006, pp. 1025 y ss.; Schlager, A. y Ostrom, E., *op. cit.*, pp. 250 y ss.

Sin embargo, un recurso común puede ser manejado por diferentes regímenes legales:⁶⁵ privado, público, cooperativo o comunal, de tal manera que puede ser objeto de propiedad por gobiernos nacionales, regionales o locales, comunidades o corporaciones o individuos, o usado como recurso de “acceso abierto”, y existen ejemplos tanto de situaciones exitosas como no exitosas del manejo y regulación de los recursos comunes por todos los sujetos mencionados.⁶⁶

Estas confusiones son reforzadas por el estrecho análisis de lo que significa los derechos de propiedad. La propiedad es usualmente definida como equivalente a alienación. Los sistemas de derecho de propiedad que no contiene el derecho a enajenar son considerados defectuosos. Larson y Bromley⁶⁷ desafían esta visión común y muestran que es necesario tener mayor información acerca de los valores sociales específicos de estas facultades antes de que se hagan juicios concernientes a la eficiencia de un tipo particular de derecho propietario. En lugar de enfocarnos en un derecho, es más útil definir 5 facultades (acceso, renuncia, manejo, exclusión y enajenación). La mayoría de los sistemas legales de “propiedad común” otorgan a los participantes el derecho de acceder, renunciar, manejar, excluir pero no de vender su derecho de manejo y exclusión. Sin embargo, estudios empíricos muestran que este régimen permite inversiones de largo término, así como producción sostenible. Además, un descubrimiento constante es que estos sistemas no existen en aislamiento y se suelen usar en conjunción con la propiedad individual. Por ejemplo, en la mayoría de sistemas de irrigación que son construidos y manejados por los propios campesinos, cada uno es propietario de ciertas parcelas mientras participan comunalmente en el sistema de irrigación. El agua es distribuida a participantes individuales usando una variedad de reglas: los beneficios son proporcionales a los costos de invertir y mantener el sistema.⁶⁸

Pero para las elites legales si un bien no es privado es porque no tiene un régimen legal (es un bien de “acceso abierto”) o se asume que tiene un régimen legal ineficiente por ser de propiedad pública. En ambos casos,

⁶⁵ Schlager, A., Ostrom, E., *op. cit.*, pp. 254 y ss.

⁶⁶ Ostrom, *op. cit.*, p. 338.

⁶⁷ Larson, Bruce A. y Bromley, Daniel W. (1990), ‘Property Rights, Externalities, and Resource Degradation: Locating the Tragedy’, 33 *Journal of Development Economics*, 235-262. Citado por Ostrom, *op. cit.*, p. 339.

⁶⁸ Todas las referencias en Ostrom, *op. cit.*

la única solución es la privatización. Pero ellos ignoran, por ejemplo, que en el caso de las comunidades indígenas el régimen legal es de propiedad comunal. Este régimen colectivo es un diseño institucional en el cual los miembros tienen derechos y deberes que permite un manejo sustentable del bien.⁶⁹ Es por eso que a través de siglos las comunidades indígenas han sobrevivido a pesar de la depredación e invasión de los “civilizadores”. Las elites legales, en esencia, niegan la existencia de la legalidad indígena.

El “capitalismo popular” de Hernando de Soto que ve a la propiedad privada como la solución mágica al problema de la pobreza está inspirado en esta escuela.⁷⁰ En sus libros *El otro sendero*⁷¹ y el *Misterio del capital*,⁷² De Soto argumenta que la pobreza es causada no por la ausencia de activos entre los pobres sino por la ausencia de propiedad formal sobre estos activos y sus consecuentes beneficios. Así, la titulación proporcionaría seguridad y acceso al mercado de crédito. Esta tesis, sin embargo, tiene defectos teóricos y prácticos.

Al nivel teórico esta teoría sufre de sobresimplificación. Los pobres son vistos como empresarios potenciales, ricos en posesión y pobres en protección legal. Sin embargo, ignora las grandes diferencias de los grupos sociales en la habilidad de tomar ventaja de los derechos formales.⁷³ Es más, muchos bancos son reacios en prestar a los pobres y los pobres también son reacios en prestarse porque repagar el préstamo puede afectar su estabilidad financiera.⁷⁴ Además, De Soto no hace un análisis histórico serio pues ignora diferencias cruciales en la formación de la propiedad en países de diferente contexto político y social.⁷⁵ En realidad, la

⁶⁹ Swaney, *op. cit.*; Fitzpatrick, *op. cit.*, Schlager y Ostrom, *op. cit.*

⁷⁰ Kerekes, C. y Williamson, C., “Propertyless in Peru, Even with a Government Land Title”, *American Journal of Economics and Sociology*, 69 (3), 2010, pp. 1015.

⁷¹ De Soto, H., *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, trans. by June Abbott. Nueva York; Cambridge, Harper and Row, 1989.

⁷² De Soto, H., *The mystery of capital: Why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*, Nueva York, Basic Books, 2000.

⁷³ Sjaastad, E., and Cousins, B., “Formalisation of Land Rights in the South: An Overview”, *Land Use Policy*, vol. 26, 2008, p. 4.

⁷⁴ Gilbert, A., “On the mystery of capital and the myths of Hernando De Soto: What Difference does Legal Title Make?” *International Development Planning Review*, vol. 24, núm. 1, 2002, pp. 6 y ss.

⁷⁵ Manders, J., “Sequencing Property Rights in the Context of Development: A Critique of the Writings of Hernando De Soto”, *Cornell International Law Journal*, vol. 37, 2004, pp. 190 y ss.

idea de formalización de la tierra ha aparecido en la mayoría de los países “en desarrollo” desde la colonización. Esta perspectiva se basa en las tardías políticas coloniales de integración y las políticas poscoloniales de modernización.⁷⁶

A nivel práctico, hay bastante evidencia que contesta las ideas de De Soto. Por ejemplo, estudios en Botswana, Zambia y Trinidad sugieren que existen vibrantes mercados de tierra en áreas pobres a pesar de la ausencia de títulos reconocidos legalmente. Además, estudios en Perú, Colombia, Kenya, Uganda y la África subsahariana demuestran que la formalización no ha producido efectos beneficiosos en el bienestar, crecimiento económico o acceso al crédito.⁷⁷

Las políticas basadas en estas ideas hoy en día afectan directamente los derechos indígenas sobre la tierra. En *La Amazonia no es Avatar*, De Soto⁷⁸ afirma que los pueblos indígenas deben ser integrados a la globalización y que el Estado tiene un rol en ese proceso: proveer de títulos legales sobre la tierra indígena con el fin de crear un mercado de tierra y que los indígenas puedan acceder al crédito o vender su propiedad. Es decir, se asume las mismas premisas de la escuela de los derechos de propiedad respecto a que el régimen de propiedad comunal cambiaría “naturalmente” hasta convertirse en propiedad privada.

Pero las críticas teóricas y prácticas sobre estas ideas son aun más fuertes en el caso de los pueblos indígenas. De acuerdo con el trabajo de campo de Hvalkof en Perú, México, Honduras y Bolivia,⁷⁹ para los pueblos indígenas la titulación de tierra individual es vista como un complemento a los ya existentes arreglos institucionales comunales y consuetudinarios, y

⁷⁶ Sjaastad y Cousins, *op. cit.*, p. 8; Michiel, J., “Rule of Law Promotion, Land Tenure and Poverty Alleviation: Questioning the Assumptions of Hernando De Soto”, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 1, 2009, pp. 180 y ss.

⁷⁷ Gilbert, *op. cit.*; Michiel, *op. cit.*; Sjaastad y Cousins, *op. cit.*; Platteau, J., “The Evolutionary Theory of Land Rights as Applied to Sub-Saharan Africa: A Critical Assessment”, *Development and Change*, vol. 27, 1996, pp. 29-86; Bromley, D., “Formalising Property Relations in the Developing World: The Wrong Prescription for the Wrong Malady”, *Land Use Policy*, vol. 26, 2008, pp. 20-27.

⁷⁸ De Soto, H., *The Peruvian Amazon is not Avatar*, Lima, Institute of Liberty and Democracy, 2010.

⁷⁹ Hvalkof, S., Privatization of Land and Indigenous Communities in Latin America: Tenure Security or Social Security?, *DIIS Working Paper 2008/21*, Copenhagen, Danish Institute for International Studies.

no necesariamente como una alternativa. De hecho las comunidades indígenas le dan mayor prioridad a la reproducción y salvaguarda del control comunal y la autoridad comunal. Así, el parámetro central es la seguridad social antes que seguridad de la tenencia. De esta manera, la comunidad confía en su propia legalidad: la comunidad garantiza el acceso a la tierra productiva a sus propios miembros, regula el acceso a los recursos naturales, reafirma el reconocimiento social a sus miembros y otorga cohesión social. Asimismo, aunque los indígenas quisieran invertir en mejoras de su producción, al mismo tiempo tienen un miedo generalizado en incurrir en deudas, particularmente si sus tierras se usan como garantía hipotecaria.

Esta situación es obvia debido a que la relación que tienen las comunidades indígenas con su tierra es distinta a la relación que tiene la cultura occidental. Está totalmente documentado que para los indígenas el derecho sobre la tierra tiene mucho más que una dimensión económica, éste implica un conjunto de relaciones legales, sociales, políticas y espirituales que son únicas y se encuentran interconectadas,⁸⁰ las que además constituyen prerequisites para su sobrevivencia física y cultural.⁸¹ Por ello, las cosmovisiones holísticas indígenas van mucho más allá de las explicaciones liberal-individualistas de los derechos de propiedad.⁸² Justamente, debido a esta especial conexión con sus tierras, se justifica otorgar el mayor estándar de protección a través de mecanismos legales que aseguran la autodeterminación indígena, como el derecho al consentimiento previo e

⁸⁰ Daes, E., "An Overview of the History of Indigenous Peoples: Self-determination and the United Nations", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, núm. 1, 2008, 7-26; Roldán, R., Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America. *Biodiversity series*, Paper Núm. 99, Washington, The World Bank Environment Department, 2004.

⁸¹ Stamatopoulou, E., "Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, núm. 1, 1994, pp. 58-81; Sweptson, L. y Plant, R., "International Standards and the Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations", *International Labor Review*, vol. 124, núm. 1, 1985, pp. 91-105; Barsh, R., "Is the Expropriation of Indigenous Peoples' Land GATT-able?", *RECIEL*, vol. 10, núm. 1, 2001; Satterthwaite M., Hurwitz, D., "The Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 22, núm. 1, 2005, pp. 1-5.

⁸² Holder, C., Cornthassel, J., "Indigenous Peoples and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 24, núm. 1, 2002, pp. 126-151.

informado antes que se apruebe cualquier política que pueda afectar su territorio.⁸³

Es obvio pues que si se pretende estudiar el derecho de propiedad en la colonia, se tiene que entender que ni la escuela de los derechos de propiedad —a través de las ideas de De Soto— ni la teoría de los “orígenes legales” puede ser el marco teórico explicativo. De lo contrario se invisibiliza la legalidad de las víctimas de este proceso. Es justamente en esta empresa de invisibilización que es paradigmático el trabajo de Pasquel, pues pretende detallar el proceso de expansión legal en la colonización sin dedicar ni un solo párrafo a la legalidad indígena ni su propiedad comunal.

IV. DESCOLONIZANDO EL DERECHO DE PROPIEDAD: EN CONTRA DE LA INVISIBILIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

En el texto de Pasquel hay una constante exaltación de las bondades del sistema legal de la colonia británica y las barbaridades del sistema legal de la colonia española. Estos párrafos son bastante ejemplificativos:

La asignación de derechos de propiedad nunca fue una prioridad en las colonias españolas... El contraste con las colonias británicas es dramático. Se estima que antes de su independencia tres de cada cuatro familias poseían su propia granja... Los colonizadores españoles tuvieron incentivos muy distintos. Según la ley española, la Corona era propietaria de toda la tierra de las colonias”.⁸⁴

[Mientras] los británicos... necesitaban incentivar la migración porque no había suficiente mano de obra en el norte de América... El caso de las colonias españolas fue muy distinto. El Perú tenía una población indígena muy grande, que fue esclavizada para producir los bienes que los colonizadores necesitaban y los minerales que la Corona demandaba... Además, una estrategia para reprimir a la población nativa fue no permitirles tener derechos de propiedad sobre su tierra. La Corona dejó a los nativos sólo con la tierra que necesitaban para su subsistencia y no tenían derecho a

⁸³ Mackay, F., “Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples’ Human Rights and the World Bank’s Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples”, *American University International Law Review*, vol. 17, 2002, pp. 527-624.

⁸⁴ Pasquel, Enrique, “¿En qué momento se jodió el Sur? Crecimiento económico, derechos de propiedad y regulación del crédito en las colonias británicas y españolas en América”, *cit.*, p. 10.

volverse propietarios de áreas nuevas... Por eso, los indígenas tenían pocos incentivos para trabajar en las tierras que les eran asignadas...⁸⁵

Antes de comenzar el análisis, es preciso mencionar dos errores metodológicos importantes. Pasquel hace una comparación entre la colonización británica y española centrándose en sus diferencias respecto a la legalidad occidental que se instauró, pero omite analizar el porqué de las diferencias (sólo menciona el diferente número de población indígena), así como sus semejanzas, o el patrón común de ambos procesos. Estas omisiones son muy graves porque distorsionan un entendimiento cabal de la colonización. Pasquel no hace este análisis porque simplemente adopta la visión acrítica oficial: la historia de la colonización inglesa comienza en 1607 con el establecimiento de Jamestown, seguido en años subsecuentes por la fundación de otras colonias, las cuales gradualmente ofrecieron libertades políticas y económicas a los colonos, tuvieron algunos conflictos con los indios, vencieron a los franceses en 1763 y lucharon contra el gobierno inglés en 1765. El primer problema es que esta visión presenta a las 13 colonias con una única agenda política e identidad que nunca existió hasta antes de 1789. Por lo contrario, había una gran diversidad y complejidad que hacía que no se reconocieran como parte de un proyecto común.⁸⁶

Además, debe resaltarse que casi un siglo antes que los ingleses establecieran sus colonias en Norteamérica, ya se habían instaurado las colonias de España y Portugal. La experiencia de estos países europeos fue vital para los posteriores promotores ingleses, quienes impulsaron la colonización argumentando el éxito de las aventuras trasatlánticas previas.⁸⁷ En esos 100 años de diferencia no pocas cosas de importancia sucedieron, como el inicio de la decadencia del *ius gentium* que tenía a la Iglesia romano-católica como principal autoridad, y el inicio del proceso de constitución del derecho internacional que se concretó con el Tratado de Westphalia en 1648, que constituyó el fin de la hegemonía política de la Iglesia y la emergencia del sistema moderno de los Estados en Europa.⁸⁸ Este cambio

⁸⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁸⁶ Grigg, J. ed., *British Colonial America: People and Perspectives*, ABC-CLIO, California, 2008, p. xi.

⁸⁷ Mancall, P. (ed.), *Envisioning America: English Plans for the Colonization of North America, 1580-1640*, Nueva York, St. Martin's Press, 1995, p. 4.

⁸⁸ Gilbert, J., *Peoples' land rights under International Law: from victims to actors*, Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 22.

es fundamental para explicar el inicio de la decadencia del imperialismo europeo mediterráneo (España, Portugal) y el comienzo de la hegemonía de Europa del norte (Francia, Inglaterra, Alemania) tanto en su aspecto cultural, como político y económico.

Esto no quiere decir que la colonización inglesa implicó un mero trasplante legal de un modelo jurídico basado en la “libertad individual”, sin poder alguno de parte de la monarquía. En un contexto de fuerte conflictividad social debido al aumento de la población y a que los campos agrícolas no podían proveer de suficientes recursos, los campesinos ingleses no tuvieron mayor opción que emigrar a las ciudades para terminar viviendo en paupérrimas condiciones, formando toda una sociedad de “*vagrants*” (vagabundos). Así, entre 1570 y 1580 muchos ingleses pensaron que establecer colonias en Estados Unidos podía resolver ese problema. La solución era simple: enviar a los desempleados al otro Atlántico.⁸⁹ Pero también había una intención política: la reina Elizabeth apoyó el proyecto colonizador con la condición de que los exploradores no olviden su rol fundamental: defender la nación y sus territorios, y consolidar la autoridad real dentro del nuevo imperio.⁹⁰ Pero el contexto socioeconómico explica por qué a pesar de la intención de la monarquía, las primeras colonias inglesas fueron ocupadas por grupos débiles que operaban fuera del gobierno; ellos no estaban en posición de tomar la tierra por la fuerza y no había al comienzo un gobierno representativo que prohibiera la compra de tierra.⁹¹ En contraste, en el siglo XVIII, el imperio británico ya tenía suficiente poder militar y político con el cual implementar la colonización de Australia (1778); esta vez los colonos británicos fueron largas expediciones controladas por el gobierno imperial.⁹²

Estos hechos fundamentales explican por qué había diferentes arreglos institucionales en los procesos colonizadores del imperio británico y de España, pero de ninguna manera demuestran que hay una lógica de oposición entre ellos. Ambos procesos tienen la misma base epistemológica y ontológica, y extendieron sobre esa base los mismos mecanismos

⁸⁹ Mancall, Peter, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁹¹ Banner, S., “Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia”, *Law and History Review*, vol. 23, núm. 1, primavera de 2005, p. 111.

⁹² Short, D., “Reconciliation, Assimilation, and the Indigenous Peoples of Australia”, *International Political Science Review*, vol. 24, núm. 4, octubre de 2003, pp. 491-513.

legales opresores, todo lo que es obviado por Pasquel, quien puntualiza la explotación de los indígenas en las colonias españolas pero ni siquiera menciona la explotación de los indígenas de las colonias británicas, también muy sangrienta y despiadada.

Así, muchos autores han estudiado con detalle lo que se conoce como el “genocidio americano”,⁹³ el que evidentemente incluye la colonización británica que de forma similar al genocidio nazi basó su expansión en las ideas centrales de “raza” y “espacio”: aunque fue menos organizado, centralizado y burocratizado,⁹⁴ causó más muertes, y utilizó similares medios de tortura y asesinato como masacres, trabajo forzado, exposición a enfermedades, entre otros.⁹⁵ Pero no sólo indios americanos perdieron su vida en el proceso colonizador, también lo hicieron esclavos negros traídos de África, además de que tribus enteras fueron completamente extintas, por ejemplo, en el estado de Texas solamente, las tribus alguna vez populosas de Karankawans, Akokisa, Bidui, Tejas, y Coahuiltecans se encuentran hoy extintas.⁹⁶

Es evidente que las políticas y prácticas de las colonias inglesas primero, y de los Estados Unidos después, califican fácilmente bajo las provisiones internacionales sobre Genocidio. Ya en las colonias de Virginia hubo prácticas genocidas en contra de las tribus Pequots, entre otras, donde la *Virginia House of Burgesses* obtuvo fondos en 1711 para “extirpar todos los indios sin distinción de amigos o enemigos”.⁹⁷ Asesinatos similares ocurrieron en Nueva Inglaterra, invocándose comúnmente las escrituras en

⁹³ Poupart, L., “The Familiar Face of Genocide: Internalized Oppression among American Indians”, *Hypatia*, vol. 18, núm. 2, primavera de 2003, pp. 87 y ss.

⁹⁴ Zimmerer, J., “Colonialism and the Holocaust: Towards an Archeology of Genocide”, en Moses, Dirk (ed.), *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, Nueva York, Berg, 2004, p.116; Legters, L., “Pathologies of Indian-white relations: the American genocide”, *Policy Studies Journal*, vol. 16, núm. 4, verano de 1988, p. 722.

⁹⁵ Stannard, D., *American Holocaust: The Conquest of the New World*, Oxford University Press, 1992, citado por Rosenfeld, G., “The Politics of Uniqueness: Reflections on the Recent Polemical Turn in Holocaust and Genocidal Studies”, en Cesarani, David (ed.), *Holocaust: The end of the final solution and its aftermaths*, Nueva York, Londres, Routledge, 2004, pp. 381 y ss.

⁹⁶ Sterba, J., “Understanding Evil: American Slavery, the Holocaust, and the Conquest of the American Indians”, *Ethics*, vol. 106, núm. 2, enero de 1996, p. 431.

⁹⁷ Referencias en: Legters, L., *op. cit.*, p. 722.

nombre de la monarquía cuando no era posible la conversión. Más tarde, como muestra el caso de los Cherokee, incluso los esfuerzos exitosos de los indios para adaptarse a la economía y estilo de vida de los colonos no los salvó del desplazamiento que llevó a la destrucción de su sociedad. Esto se agudizó cuando las nuevas tentaciones (recursos naturales, agua) llevaron a los colonos a una codicia sin ley impulsando la muerte de muchos indios. Las “guerras indias” del siglo XIX llevó la masacre abierta a su fin, pero en verdad significó que se buscaron medios menos sangrientos para destruir lo que aún quedaba de la existencia indígena.⁹⁸

El derecho ha acompañado el saqueo y la masacre de los nativos americanos desde el inicio mismo de la colonización. Así, la implementación de la legalidad europea en el “nuevo mundo” se basó en dos premisas: 1) los pueblos indígenas no existen legalmente (por lo que sus tierras pueden ser ocupadas) o los pueblos indígenas existen legalmente pero son inferiores (por lo que sus derechos existentes pueden ser extinguidos).⁹⁹ Los mecanismos de desposesión durante los primeros años de la colonización fueron la doctrina del “descubrimiento” y la “conquista”. Ambas doctrinas fueron usadas por los imperios mediterráneos primero y luego por las expediciones inglesas. De acuerdo con estas doctrinas el “descubrimiento” de tierra no ocupada por europeos otorgaba un derecho exclusivo sobre otros poderes europeos. Como los indígenas no eran considerados humanos, su tierra era considerada como “no ocupada”, de tal manera que los exploradores españoles y portugueses podían “conquistarlos” y aplicar la esclavitud natural contra ellos.¹⁰⁰ La doctrina de la conquista fue desarrollada posteriormente en Inglaterra desde la sentencia del juez Edward Coke en el caso *Clavin* (1608). De acuerdo con esta decisión, los ingleses estaban siempre en un estado de guerra con los no-cristianos, así, después de la conquista de un pueblo infiel sus derechos automáticamente cesaban de existir.¹⁰¹

⁹⁸ Legters, L., *op. cit.*, p. 722.

⁹⁹ Gilbert, J., *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁰ Corntassel, J. y Hopkins, T., “Indigenous «Sovereignty» and International Law: Revised Strategies for Pursuing «Self-Determination»”, *Human Rights Quarterly*, vol. 17, núm. 2, mayo de 1995, pp. 343-365.

¹⁰¹ Borch, M., “Rethinking the origins of Terra Nullius”, *Australian Historical Studies*, vol. 117, 2001, p. 225.

En *De Indis et de ivre belli relectiones* de 1532, Francisco de Vitoria ya contradecía las doctrinas de la conquista y el descubrimiento al afirmar que los indios eran legítimos propietarios de la tierra en América. Sin embargo, podían perder sus derechos si el conquistador tenía una “causa justa” para hacerles la guerra. La “causa justa” surgía si los indios no cumplían sus “obligaciones inherentes”: 1) dejar libre paso a los colonizadores sobre su tierra; 2) permitir el comercio entre colonizadores; 3) compartir la riqueza de sus tierras; 4) permitir la propagación de la cristiandad. Así, la “guerra justa” otorgó a los colonizadores de un título “legal” de territorio indígenas como parte de una conquista legal.¹⁰² Además, Vitoria concluyó que los pueblos indígenas eran incapaces de administrar un Estado porque, entre otras cosas, carecían de “leyes y magistrados apropiados”, por lo que los europeos podían tomar la administración de su pueblo “en su beneficio”.

La doctrina de la “guerra justa” fue asumida con algunos matices por los teóricos del derecho natural de los siglos XVI y XVII, como Grotius y Gentili, pero también por uno de los padres del liberalismo, John Locke, quien no sólo promovió la empresa colonizadora en Norteamérica,¹⁰³ sino que también consideraba que la sociedad inglesa debía expandirse en el nuevo mundo y quienes se opusiesen deberían ser considerados seres nocivos que se rebelaban contra la humanidad, por lo que podían ser aniquilados.¹⁰⁴

Además, Locke fundó las bases de la doctrina “*terra nullius*”, que no fue más que una actualización de las doctrinas del “descubrimiento” de los imperios europeos mediterráneos. En sus *Two Treatises of Government*, Locke propuso que la propiedad de la tierra se origina del trabajo que se hace sobre ella. La aparente ausencia de trabajo en territorio indígena fomentó el argumento colonizador de que se podía apropiarse la tierra indígena mediante su cultivación sin el consentimiento de los nativos. Así, como la aplicación de *terra nullius* dependía del “grado de desarrollo político” de los habitantes de la tierra en cuestión,¹⁰⁵ los pueblos indígenas eran

¹⁰² Gilbert, J., *op. cit.*

¹⁰³ Arneil, B., “Trade, Plantations, and Property: John Locke and the Economic Defense of Colonialism”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 55, núm. 4, 1994, pp. 591-609.

¹⁰⁴ Hinkelammert, F., “The Hidden Logic of Modernity: Locke and the Inversion of Human Rights”, *Worlds & Knowledges Otherwise*, otoño de 2004, pp. 1-27.

¹⁰⁵ Ritter, *op. cit.*, p. 11.

considerados en “estado de naturaleza”, un estado en el cual los humanos no habían aún apropiado la tierra como propiedad.¹⁰⁶ En esencia, la expansión de esta doctrina se debió a verdades racistas y eurocéntricas: la superioridad moral de la civilización occidental y la cultura primitiva, sin ley, atrasada e ineficiente de los pueblos indígenas.¹⁰⁷

Esta doctrina fue muy importante en el proceso de colonización. En 1725, John Bulkley escribió *An Inquiry into the Right of the Aboriginal Natives to the Land in America* basando sus argumento en los *Two Treatises* con la finalidad de refutar la demanda interpuesta por la nación nativa Mohegan en la que reclamaban que eran una nación soberana con jurisdicción sobre el territorio de Connecticut. Asimismo, Emeric de Vattel en 1758 en su libro *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* hizo eco de Locke al usar el argumento de la cultivación para justificar la invasión francesa y británica.¹⁰⁸ También el muy influyente jurista inglés William Blackstone estuvo muy influenciado por Locke al argumentar que el único tipo de tierra que podría ser adquirida por ocupación era aquella que era encontrada “desierta y no cultivada”.¹⁰⁹

La Corona británica, en la Proclamación Real de 1763, desestimó después de muchos años de colonización la doctrina “*terra nullius*”, afirmando que la Corona era el único agente con la autoridad de negociar con los pueblos indígenas —considerados naciones— y de asegurar los títulos de propiedad no indígena. Esta estrategia fue una razón importante de la guerra de independencia porque bloqueaba la expansión de las colonias y a los especuladores de tierra.¹¹⁰ No obstante, *terra nullius* se usó también durante la primera etapa de descolonización en la cual los emergentes estados nación reclamaron territorios en contra de los ex poderes coloniales, ignorando a los pueblos indígenas en este proceso. Así, mientras el viejo derecho internacional buscaba justificar la conquista, el moderno derecho internacional buscaba legitimar la estabilidad de esas conquistas ya sea para las ex potencias colonizadoras o sus estados des-

¹⁰⁶ Tully, J., “Aboriginal property and Western theory: recovering a middle ground”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 11, 1994, p. 159; Banner, *op. cit.*, p.11.

¹⁰⁷ Ritter, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

¹⁰⁸ Tully, *op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁹ Ritter, *op. cit.*, pp. 8 y 5-33; Dodds, S., “Justice and Indigenous Land Rights”, *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, vol. 41, núm. 2, 1998, p. 190.

¹¹⁰ Tully, *op. cit.*, p. 170.

cendientes.¹¹¹ Así, la expropiación indígena no concluyó con el fin de la colonización, sino que prosiguió con el “colonialismo interno”.¹¹²

Después de la independencia la tierra indígena restante fue expropiada a través del uso de las viejas teorías de Vitoria. En *Johnson v. M'Intosh* (1823), la Corte Suprema declaró la superioridad del título del “descubridor” sobre los derechos del demandante que había comprado la tierra de los indios.¹¹³ La Corte concluyó que el título de propiedad sobre tierra indígena podía ser obtenido por el simple hecho del descubrimiento. Luego, en *Cherokee Nation vs. Georgia* el juez Marshall desarrolló la doctrina “*domestic dependent nations*”, que veía la relación entre tribus norteamericanas y los Estados Unidos como una del “pupilo y su guardián”.¹¹⁴

Sin embargo, denegar la capacidad de los indios de vender la tierra implicaba afectar las expectativas de muchos ocupantes que habían comprado tierra de los indígenas.¹¹⁵ Así, con la finalidad de justificar estas compras las doctrinas previamente mencionadas se flexibilizaron aceptando los contratos. Empero, las transacciones casi nunca fueron justas (con términos de intercambio desproporcionados) o incluso fueron fraudulentas. Por ejemplo, en Nueva Zelanda, cuando este tipo de transacciones fueron investigadas por el nuevo gobierno colonial en los años cuarenta del siglo XIX, se encontró que los supuestos vendedores *Maori* no poseían la autoridad de negociar por todos los titulares de los enormes territorios vendidos.¹¹⁶

Los tratados celebrados entre los pueblos indígenas y la Corona británica también reflejaban una posición desigual de negociación dentro de

¹¹¹ Gilbert, *op. cit.*, p. 21.

¹¹² En este modelo la apropiación de la tierra no se dirige sólo al desplazamiento y la explotación (lo que también sucede en el colonialismo externo), sino que busca consolidar la base territorial de la sociedad dominante (Tully, J., *The Struggles of Indigenous Peoples for and of Freedom, Political Theory and the rights of indigenous peoples*, Dunan Ivison, Paul Patton, Will Sanders eds., Cambridge University Press, 2000, p. 38).

¹¹³ Gilbert, *op. cit.*, p. 56. Korman, S., “Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law”, *University of Hawai'i Law Review*, vol. 32, 2010, p. 436.

¹¹⁴ Fromherz, C., “Indigenous Peoples' Courts: Egalitarian Juridical Pluralism, Self-Determination, and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, núm. 5, 2008, p. 1365.

¹¹⁵ Banner, *op. cit.*, p. 131.

¹¹⁶ Banner, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

un marco teórico eurocéntrico.¹¹⁷ Por ejemplo, en el tratado con los *Haudenosaunee* (1789), Estados Unidos garantizaba a las naciones indias una extensa parte de territorio (la mitad de Nueva York), prohibiendo la compra de esa tierra por no indígenas, incluyendo el Estado. Sin embargo, el Estado de Nueva York usó contratos de leasing, muchos de hasta 999 años, sobre casi todo el territorio nativo. Los *Haudenosaunee* inicialmente estuvieron de acuerdo porque el gobernador les aseguró que esa era una manera de proteger su propiedad en contra de las ventas ilegales, y la Corte Suprema de Nueva York legitimó los ilícitos *leasings* en posteriores demandas.¹¹⁸

Es claro que había un “reconocimiento” de los derechos de propiedad indígena pero bajo los términos y a conveniencia de los colonizadores. En el caso *Worcester v. the State of Georgia* (1832) el juez Marshall repudió sus anteriores argumentos afirmando que aunque la guerra contra los indígenas era una guerra de conquista, la propiedad y el gobierno de la nación conquistada se mantenía, pero bajo el *imperio* del conquistador,¹¹⁹ de tal manera que se trataba de “naciones soberanas”. Sin embargo, como en otros casos de reconocimiento de soberanía indígena, se trataba de soberanía sólo de nombre.¹²⁰ Así, el gobierno y los tribunales estadounidenses crearon un sistema de trust de reservas administradas federalmente, lo que fue legitimado por la Corte Suprema en la decisión *Cherokee Nation v. Georgia* de 1831. Bajo el Derecho Federal, los Estados Unidos era dueña de toda la tierra que comprendía las reservas, las que eran puestas en trust en nombre de los grupos nativos americanos. Aunque ellos se podían

¹¹⁷ Short, *op. cit.*, p. 492. Una de las razones por la que muchos pueblos indígenas aceptaron hacer tratados fue porque ellos tenían su propia tradición de tratados. Los primeros tratados de Norteamérica existieron antes del arribo europeo entre comunidades indígenas. Los *Haudenosaunee* de los grandes lagos tuvieron tradiciones legales que gobernaron una confederación de naciones: Mohawk, Oneida, Onandoga, Seneca y Cayuga (Borrows, J., “Indigenous Legal Traditions in Canada”, *Journal of Law & Policy*, vol. 19, 2005, pp. 167- 223).

¹¹⁸ Churchill, W., *Struggle for the land: Native North American resistance to genocide, ecocide and colonization*. San Francisco, City Lights Books, 2002, p. 94.

¹¹⁹ Tully, *op. cit.*, p. 154.

¹²⁰ Pratt, A., “Treaties vs. Terra Nullius: ‘Reconciliation’, Treaty-Making and Indigenous Sovereignty in Australia and Canada”, *Indigenous Law Journal*, vol. 3, otoño de 2004, p. 58.

autogobernar, no tenían el pleno dominio de la tierra.¹²¹ Luego el *General Allotment Act* (1887) reconoció que cada nativo tenía un derecho sobre su tierra, pero una vez que recibía su porción de “propiedad privada”, el balance restante de cada territorio (de las reservas ya disminuidas) fue declarado un “excedente” y hecho disponible para los colonos no indígenas (corporaciones, parques federales, bases militares, etcétera), reduciendo en dos tercios más el territorio indígena que quedaba, afectando además su subsistencia. Los nativos buscaron sentencias justas y se rehusaron a participar en el “reparto de porciones”, pero los tribunales les negaron sus derechos y el rechazo de las porciones resultaba en ser desposeído definitivamente.¹²² Este periodo conocido como la era de la “parcelación y asimilación” se basó en la idea de que la propiedad comunal indígena sólo perpetuaba la vida “incivilizada” de los indígenas.¹²³

En 1946 se fundó en Estados Unidos la *Indian Claims Commission* (ICC). Este Tribunal Federal investigó los reclamos indígenas relacionados con las expropiaciones de su tierra y la violación de los tratados. Pero en realidad el objetivo del ICC era investigar estos hechos con la finalidad de otorgar financiamientos para eliminar el estatus de indígena y liquidar así las identidades colectivas restantes. Así, en los cincuenta el gobierno Federal aprobó leyes dirigidas a abolir 109 tribus compuestas de 11,500 individuos y 1.3 millones de acres de tierra. Además, el Congreso aprobó la *Public Law 280* en 1953 y adoptó un programa de recolocación para reservas de indios jóvenes con el fin de sacar a los jóvenes de las reservas y llevarlos a las ciudades, creando guetos indios por todo el país.¹²⁴

Como se ve, la historia de la colonización británica, así como de la colonización española, externa e interna, es la historia del uso de la legalidad primero, como mecanismo de expropiación y saqueo, y luego como mecanismo de asimilación violenta. Durante la colonia española los indígenas fueron saqueados y explotados brutalmente utilizándose los mismos mecanismos legales y los mismos fundamentos que posteriormente se usa-

¹²¹ Korman, *op. cit.*, pp. 436 y ss.

¹²² Churchill, *op. cit.*, p. 48.

¹²³ Similarmente en Nueva Zelanda, las “leyes nativas” (*Native title land Act* 1862 y *Native Lands Act* 1865) extinguieron la propiedad comunal con la finalidad de debilitar la estructura social Maori (Gilbert, *op. cit.* p. 93).

¹²⁴ Wunder, J., “Indigenous Peoples, Identity, History, and Law: The United States and Australian Experience”, *Law Text Culture*, vol. 4, núm. 1, 1998, pp. 81-114.

ron en la colonización británica. En ambos casos, después de la independencia, el derecho se convirtió en un mecanismo de asimilación violenta para los indígenas, y hasta el día de hoy siguen luchando para que el derecho se convierta en un mecanismo de autodeterminación.

Nada de eso está en el análisis del derecho de propiedad de Pasquel, quien denuncia los abusos contra los indígenas en la colonia española pero no dice absolutamente nada de esos mismos abusos en la colonia británica. El análisis que hace de la colonización se basa en la perspectiva de los colonizadores, desde allí exalta las bondades de la propiedad privada e invisibiliza las luchas de los pueblos indígenas del norte y del sur en contra de la imposición de ese régimen legal.

V. ¿EN QUÉ MOMENTO SE PERJUDICÓ EL SUR?

A los tres fundamentos teóricos analizados (la teoría de los orígenes legales, la escuela de los derechos de propiedad y la visión parcializada de la colonización), Pasquel agrega al final la racionalidad instrumental:

“La estrategia colonial de la Corona española no fue irracional. Hizo mucho sentido desde el punto de vista de la monarquía. Permitir que una colonia se enriquezca implica que sus habitantes tendrán más recursos para luchar por su independencia... Para la Corona española, la estrategia de mantener en el subdesarrollo a sus colonias fue muy exitosa, al punto que le permitió mantenerlas alrededor de medio siglo más que los británicos. Por supuesto, quienes pagaron el precio de esto fueron los territorios americanos de España, que no lograron el mismo nivel de progreso económico que las colonias británicas...”¹²⁵

Más allá de la grave apreciación histórica que no voy a repetir, lo importante es observar cómo para este autor la colonización fue una empresa “racional”, sólo que en el caso de la colonia británica fue racional para el individuo al que según Pasquel se le aseguró el derecho de propiedad, y en la colonia española fue racional para la corona que pudo mantener por más tiempo su poder. Con esto tenemos ya clara la línea argumenta-

¹²⁵ Pasquel, Enrique, “¿En qué momento se jodió el Sur? Crecimiento económico, derechos de propiedad y regulación del crédito en las colonias británicas y españolas en América”, *cit.*, pp. 25 y 26.

tiva: la colonización puede ser racional para la corona o para los colonos. Para la corona es racional si se ejerce mediante políticas mercantilistas porque perpetúa su poder, pero es irracional para los colonos e indígenas porque no protege la propiedad privada y, por lo tanto, no genera desarrollo económico, que es equivalente a “desarrollo”. La colonización que es racional para los colonos en cambio perjudica a la corona porque facilita la independencia y beneficia a los colonos e indígenas porque al proteger la propiedad privada se fomenta el crecimiento económico que es equivalente a “desarrollo” para todos. Por lo tanto, la mejor racionalidad es la segunda, es la colonización que protege la propiedad individual.

En estas páginas he demostrado que estos argumentos son profundamente etnocéntricos. Mientras Pasquel exaltaba las bondades de la propiedad privada, obviaba por completo cómo su implementación significó la expropiación violenta de la tierra indígena en las colonias británicas y la negación de la legalidad comunal. Y aunque Pasquel repetía la palabra “desarrollo”, celebrando el crecimiento económico, obviaba que ese “desarrollo” se construyó sobre la explotación y la desposesión de comunidades indígenas en todas partes del mundo.¹²⁶ Además, aun cuando Pasquel ensalza una racionalidad colonizadora, ignora lo que Enrique Dussel denuncia como el mito de la modernidad que esconde la irracionalidad asesina de culturas y la negación de otras racionalidades, de otras ontologías y epistemologías, otras formas de entender el mundo.¹²⁷

El estudio de Pasquel es perfecto para mostrar cómo las supuestas teorías que se muestran como muy sofisticadas tienen raíces irracionales. En realidad, el marco teórico usado (orígenes legales, escuela de la propiedad privada y una visión parcializada de la colonización) se basa en las teorías de la asimilación de los derechos indígenas porque sólo presenta la legalidad colonizadora, la propiedad privada, la que trae la “civilización”, sin importar la legalidad indígena. Además, se basa en la teoría de la moder-

¹²⁶ Debe decirse con Alberto Quijano que la colonialidad es uno de los elementos constitutivos del patrón mundial de poder capitalista (Quijano, A., “Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America”, *Nepantla: Views from South*, vol. 1, núm. 3, 2000, p. 533 y ss.), o en otras palabras, el capitalismo nació en Europa impulsado por la sangre de la colonización (Hardt, M. y Negri, A., *Commonwealth*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, pp. 73 y ss.).

¹²⁷ Dussel, Enrique, 1942 *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, La Paz, Plural Editores, UMSA, 1994, pp. 9 y ss.

nización que observa el “desarrollo” de manera evolutiva, lineal desde la perspectiva de los colonizadores.

Aunque estos dos verdaderos fundamentos teóricos no pregonan hoy una violencia abierta como en la colonización, comparten su misma lógica. Los colonizadores, por ejemplo, usaron la doctrina de “*terra nullius*” y los teóricos como Pasquel aplican implícitamente la idea de “*lex nullius*”¹²⁸ en el sentido de que aunque reconocen la humanidad y el derecho de propiedad de los indígenas, no pueden concebir que exista un sistema legal distinto al del liberalismo capitalista; como la legalidad comunal no existe para ellos o es ineficiente, esta es totalmente ignorada y debe implementarse la “propiedad privada”. Igualmente, si es que los indígenas defienden su legalidad y su política económica como sucede en muchos conflictos socioambientales en Latinoamérica, entonces es legítimo establecer el “estado de excepción” para imponer a la fuerza la legalidad capitalista sobre ellos, reviviendo la “guerra justa” colonial.

Entonces, la pregunta que Pasquel se hace en su ensayo: ¿En qué momento se jodió el Sur? es una pregunta innecesaria porque América nació encubriendo al otro mediante un proceso violento, América nació jodida, se podría decir. La pregunta, más bien, debería ser: ¿hasta cuándo estará jodido el Sur? Una respuesta definitiva es difícil de dar, pero lo que sin duda ayudaría es que las elites intelectuales dejen de perpetuar la colonialidad con el tipo de estudios que acabamos de criticar.

¹²⁸ Mattei, U., Nader, L., *Plunder: when the Rule of Law is Illegal*, Nueva Jersey, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2008, p. 110.